Les modifications des délégations de service public

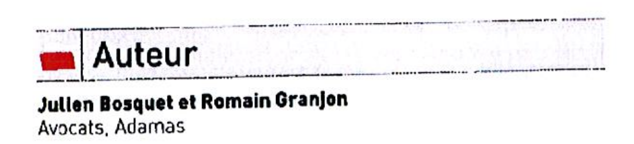
Dès le stade de projet, les délégations de service public peuvent faire l'objet de modifications mais dans des limites fixées par la jurisprudence. Lors de l'exécution, des modifications peuvent être effectuées et prendre la forme d'avenants ou de mesures unilatéralement imposées par la personne publique.

Avant le lancement de la consultation, le Code général des collectivités territoriales (CGCT) impose à l'autorité délégante de définir en amont les éléments essentiels de la délégation de service public : l'objet du contrat et sa durée, la nature et l'étendue des prestations qui doivent être définis avec suffisamment de précision.

À partir de ces éléments essentiels, les candidats à l'obtention du contrat pourront formuler leurs propositions, dans le but d'améliorer la gestion du service public délégué, au cours de la mise en concurrence. Dès le stade de la passation de la délégation de service public, le projet de contrat pourra être modifié dans des limites imposées notamment par le principe d'égalité de traitement des candidats.

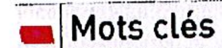
La durée des délégations de service public qui, pour les concessions, est fonction de la durée de l'amortissement des investissements, et peut ainsi être particulièrement longue, soumet le contrat à de nombreux aléas techniques, économiques ou juridiques qui peuvent amener les parties à le modifier. Les textes et la jurisprudence, qui ont précisés les limites de ces modifications, vont être sensiblement impactés par l'ordonnance et le décret transposant en droit interne la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession.

Cette étude se concentre essentiellement sur les formes et les limites de ces modifications, avant et après la signature de la convention, au regard notamment de la transposition de la directive sur l'attribution des concessions[1].



Auteur

Julien Bosquet et Romain Granjon
Avocats, Adamas



Mots clés

Avenant • Clauses d'anticipation • Modification substantielle • Modification unilatéale • Principe de mutabilité

(1) Cette étude se concentre essentiellement sur les possibilités ouvertes aux parties au contrat de délégation de service public de modifier le contrat. L'incidence des faits nouveaux sur l'exécution du contrat (théories de l'imprévision, des sujétions imprévues et le fait du prince) ne sont pas étudiés dans le cadre du présent article. Ces théories s'appliquent en cas de modifications majeures ayant un impact sur l'exécution du contrat de délégation de service public qui déjouent par définition les prévisions des parties.



Les modifications apportées avant la conclusion du contrat

Pour les collectivités territoriales, la délibération décidant le principe du recours à la délégation de service public en application de l'article L. 1411-4 du CGCT doit être précédé d'un rapport contenant les caractéristiques des prestations que devra assurer le délégataire. À ce stade, l'autorité délégante doit au moins avoir défini l'objet du contrat, c'est-à-dire la nature et la nature des prestations déléguées, le mode de gestion, voire sa durée.

Lors du lancement de la procédure de passation, l'article R. 1411-1 du CGCT prévoit que les candidats doivent être informés des « caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature ».

En pratique, il est fréquent qu'un projet de convention et un cahier des charges élaborés soient transmis aux candidats qui pourront formuler une offre sur cette base. Ces documents pourront également servir de base aux négociations qui seront ensuite engagées avec le ou les candidats retenus lors de cette phase.

Pour que la négociation ait un sens, ces éléments doivent pouvoir évoluer au cours de la procédure de passation. Cette évolution est d'autant plus obligatoire que le juge exige une réelle négociation entre les parties, l'autorité délégante ne pouvant se « borner à demander aux candidats avec lesquels elle a choisi de négocier certaines précisions ou compléments d'information de tous ordres sans les inviter à lui faire des propositions d'ordre technique, juridique, économique ou financier, leur permettant, le cas échéant, d'améliorer leur offre par rapport aux autres candidats »[2].

La jurisprudence a progressivement dessiné les contours de cette évolution qui doit permettre la réalisation d'un équilibre subtil entre amélioration de l'offre et maintien de l'objet du contrat.

Le Conseil d'État a ainsi précisé qu'il était possible que la collectivité délégante procède à « des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire »[3].

La modification du projet de convention peut résulter d'une proposition de l'autorité délégante ou du candidat, mais elle ne peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats, aller au-delà de la mesure décrite par cet arrêt. L'« adaptation de portée limitée » vise en réalité l'absence de remise en cause de l'économie générale du projet de convention, comme certaines décisions le soulignent désormais explicitement[4]. C'est également l'esprit de l'ordonnance et du décret transposant la directive 2014/23UE : l'article 23 du projet de décret indique à cet égard que la négociation « ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».

La jurisprudence actuelle illustre le fait que les modifications impactant l'économie générale du projet sont souvent celles qui ont pour objet un allongement ou une réduction significative des investissements ou de la durée de la convention.

Ainsi, le juge censure l'apparition en cours de procédure d'une activité accessoire à l'activité principale qui n'était pas présente dans le cahier des charges fourni aux candidats dans les documents de la consultation.

Par un jugement du 4 juillet 2013, le tribunal administratif de Toulon a ainsi annulé une procédure de passation de sous-traités d'exploitation de lot de plage au motif que le pouvoir adjudicateur ne pouvait, en cours de procédure, modifier le règlement de consultation pour autoriser les exploitants à exercer une activité accessoire de restauration, alors qu'une telle activité n'était prévue ni par le document initial ni par la concession signée avec l'État et à laquelle renvoyait le règlement de consultation[5].

L'allongement, en cours de procédure, de la durée d'un contrat d'affermage de cinq à douze ans, pour permettre la réalisation d'investissements supplémentaire, ainsi que l'apparition de contraintes notamment liées à la limitation des tarifs et à la gratuité des visites d'un espace culturel au profit des habitants de la commune autorité délégante ont également été considérées comme des modifications substantielles et non comme de simples adaptations de portée limitée à l'objet du contrat[6].

De même, l'abandon en cours de contrat de l'exploitation de l'usine de cogénération qui fait partie intégrante des différentes sources de production de chaleur envisagées par une délégation de service public de chauffage urbain modifie l'objet même du contrat[7].

La modification substantielle du projet en cours de procédure est censurée par le juge même si elle fait l'objet d'une clause conditionnelle : dans la mesure où cette modification est soumise à une condition dont la réalisation est probable au cours de l'exécution du contrat, elle

[2] CAA Marseille 4 juin 2013, Communauté de communes de l'Enclave des Papes, req. n° 12MA02775.

[3] CE 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'amour et de la presqu'île guérandaise, req. n° 209319.

[4] Par exemple : CAA Marseille 17 janvier 2011, req. n° 08MA01952 : « que de telles modifications ne peuvent être regardées comme de simples adaptations de portée limitée à l'objet du contrat ; (...) ; que ces modifications, notamment la durée de l'exploitation, sont de nature à bouleverser l'économie de la convention de délégation du service public ».

[5] TA Toulon, 4 juillet 2013, req. n° 1301578.

[6] CAA Marseille 17 janvier 2011, req. n° 08MA01952.

[7] En l'espèce, l'exploitation de l'usine de cogénération participait à hauteur de 21 à 30 % de la production de chaleur et son abandon constituait ainsi un élément essentiel de la structure de la délégation de service public (CAA Douai 9 juin 2015, req. n° 13DA01518).

est censurée au même titre que si elle entrait en vigueur dès le commencement des prestations.

Ainsi, le Conseil d'État a censuré une clause introduite dans le contrat au cours des négociations dont l'objet était l'instauration d'un dispositif applicable en cas de recours administratif ou contentieux à l'encontre de la convention ou de l'un de ses actes détachables. Cette clause consistait, en cas de recours, dans un premier temps, à redéfinir le programme d'investissements sur une durée de quatre années (au lieu de vingt-cinq ans initialement pour un montant ramené à 37 millions d'euros eu lieu de 172) puis, dans un second temps, si le risque contentieux n'avait pas été totalement purgé, à permettre au délégataire d'imposer au délégant la résiliation de la convention[8].

En revanche, les modifications ayant un impact limité sur le projet envisagé n'ont pas un caractère substantiel : il en est ainsi dans l'hypothèse où, en cours de procédure, il a été prévu, d'une part, la création de trois redevances au profit du délégataire alors que le cahier des charges de la procédure n'en prévoyait qu'une et, d'autre part, l'autorisation donnée au délégataire de céder ses créances sur la collectivité délégante[9].

De même, l'augmentation de travaux supplémentaires de deux millions de francs sur 600 millions et l'allongement de la durée de la délégation de dix ans à dix ans et six mois sont considérés comme des modifications de portée limitée[10].

La limite tracée par la jurisprudence au périmètre de la négociation permet ainsi des modifications visant à améliorer le service sans pour autant porter une atteinte substantielle aux éléments fondamentaux de la délégation. C'est la même logique qui guide les modifications susceptibles d'être apportées au contrat lors de son exécution.

Les modifications en cours d'exécution du contrat

Le service public délégué, comme celui géré en régie, est soumis au principe de mutabilité qui impose au nom de l'intérêt général, l'évolution des prestations dont le périmètre géographique ou matériel peut ainsi être modifié. En cours d'exécution, les conventions de délégation de service public sont susceptibles de faire l'objet de modifications notamment du fait de l'évolution des besoins du service.

Ce principe d'adaptabilité contraint les cocontractants des personnes publiques titulaires d'une délégation de service public à accepter, dans le respect des données sur la base desquelles une mise en concurrence a été effectuée, des modifications de leurs engagements contractuels. Ces modifications faisant l'objet d'un avenant ou d'une mesure unilatéralement imposée par la personne publique, peuvent avoir été anticipées lors de l'élaboration du contrat. Cependant, elles n'ont été, jusqu'ici, que peu encadrées par les textes. La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession a ainsi défini avec une précision inédite les cas dans lesquelles les parties pourront apporter des modifications au contrat au cours de son exécution.

Les modifications prévisionnelles : les clauses d'anticipation

Il arrive fréquemment que l'évolution du service soit prévisible et les parties au contrat ont tout intérêt à prévoir des « clauses d'anticipation » régissant leurs droits respectifs.

Dans le cas des délégations de service public, les obligations légales qui imposent aux parties de prévoir les évolutions susceptibles d'impacter la délégation de service public sont minimales : l'article L. 1411-2 du CGCT prévoit seulement que « la convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution ». La convention doit ainsi prévoir les modalités d'évolution des tarifs, ce qui contraint les parties à réfléchir et anticiper sur les faits nouveaux susceptibles de les impacter.

En dehors de l'hypothèse concernant les tarifs, l'anticipation des besoins futurs et prévisibles du service par les parties au contrat est régie par la seule liberté contractuelle avec pour limite, le fait de ne pas bouleverser l'économie de la convention ni de remettre en cause les conditions initiales de la mise en concurrence.

L'évolution du service peut concerner l'étendue du territoire faisant l'objet de la délégation. C'est par exemple le cas des délégations de service public conclues par des établissements publics de coopération intercommunales. Le périmètre géographique du contrat peut être amené à évoluer du fait de l'adhésion de nouveaux membres qui transfèrent à l'EPCI la compétence qui fait l'objet de la délégation du service public. Dans ce cas, le périmètre du contrat doit être étendu, dans la limite de ce qui a été décidé au cours de la passation de la délégation et qui ne saurait remettre en cause l'économie générale de la convention.

Dans le cas des délégations de service public portant sur l'exploitation d'un réseau de chauffage urbain, il est également fréquent que les parties indiquent le choix des combustibles et leur priorité d'utilisation tout en prévoyant la modification de l'ordre des priorités des énergies en fonction des disponibilités de chaque source.

À défaut de cerner exactement les nouveaux besoins du service qui rendraient nécessaire son évolution, la clause de rencontre, fréquente dans les délégations de service public, permet de réunir les parties lorsqu'une circonstance définie dans le contrat impacte le service et rend potentiellement nécessaire une modification contractuelle. La clause de rencontre peut être motivée par le souci de vérifier en commun et à intervalle régulier des objectifs de performance fixés dans le contrat.

---

(8) CE 21 février 2014, Société Dalkia France, req. n° 373159.

(9) CAA Lyon 3 novembre 2011, Société Véolia Propreté, req. n° 10LY00536.

(10) CE 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'amour et de la presqu'île guérandaise, req. n° 209319.

L'intérêt de ces clauses deviendra d'autant plus important que l'article 34 du projet de décret relatifs aux concessions de service pris pour l'application de l'ordonnance transposant en droit français la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession incite fortement à leur recours.

L'article 34 du projet de décret prévoit ainsi que les « clauses de réexamen ou d'options claires » permettent des modifications du contrat « quel que soit leur montant » à condition de ne pas « modifier la nature globale du contrat de concession », et limite les autres modifications à celles qui n'étaient pas prévisibles par « une autorité concédante diligente », ou les soumet à des conditions plus strictes.

« Les clauses de réexamen ou d'options » devront toutefois être rédigées de façon précise, car elles ne devront pas laisser aux parties au contrat « toute latitude en la matière »[11]. La directive fournit à cet égard des exemples tirés de l'indexation des prix ou de la nécessité de garantir « que des équipements de communication devant être livrés sur une période de temps donnée restent appropriés également en cas de modification de protocoles de communication ou d'autres modifications technologiques »[12]. Les parties devront donc prendre en compte les évolutions économiques ou techniques prévisibles qui permettront de modifier le contrat sans considération de montant. Les clauses d'anticipation pourront également, par exemple, concerner le cas des délégations de service public conclues par des établissements publics de coopération intercommunales. Le périmètre géographique du contrat peut être amené à évoluer du fait de l'adhésion de nouveaux membres qui transfèrent à l'EPCI la compétence qui fait l'objet de la délégation du service public. À condition que la clause concernant l'évolution du périmètre soit précisément circonscrite dans le contrat, elle pourra l'étendre dans des proportions importantes puisque la modification ne sera limitée par aucun montant.

Il semble ainsi que les modifications permises par le projet de décret pourront être nettement plus importantes que celles autorisées par les textes et la jurisprudence actuels (voir ci-après) à la condition qu'elles aient été envisagées et formalisées sous forme de clause suffisamment précise dès la conclusion du contrat initial. Indépendamment des clauses d'anticipation concernant l'évolution prévisible des conditions économiques ou techniques de la délégation, les parties peuvent, en tout état de cause, adopter un avenant.

Les modifications concertées : les avenants

Par un avis de principe du 19 avril 2005, le Conseil d'État avait précisé qu'un avenant ne pouvait pas « modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire ». En dehors de cette limite générale, l'article L. 1411-2 du CGCT prévoit des conditions strictes pour prolonger la durée du contrat, dans des cas qui restent exceptionnels ainsi que l'a relevé le Conseil d'État qui évoque la prolongation de la délégation de service public comme « une exception ».

Les articles 34 et 35 du projet de décret qui transposent de manière fidèle l'article 43 de la directive 2014/23/UE, organisent les conditions dans lesquelles les parties pourront modifier le contrat au cours de son exécution.

D'abord, le 4° de l'article 34 prévoit la possibilité d'effectuer des modifications « qui ne sont substantielles », « quel qu'en soit le montant », le texte définissant le caractère substantiel des modifications (interdites donc) par des cas limitativement énumérés par le texte[13]. Les cas visés à l'article 34 ne concernent pas la durée du contrat qui n'est donc pas encadrée et qui pourra donc être modifié à la condition de ne pas impacter ces modifications substantielles.

Ensuite, l'article 34 du projet de décret prévoit les conditions strictes dans lesquelles les parties pourront modifier le contrat à la suite d'événements non prévus mais qui rendent cette évolution nécessaire. Il prévoit deux hypothèses distinctes, dont le recours sera limité toutefois par une double réserve commune tenant à ce que le montant financier soit au plus égal à 50 % du montant initial du contrat[14] et à ce que la modification n'ait pas pour objet de de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence[15].

D'une part, les parties pourront modifier le contrat afin d'y adjoindre des travaux ou des services non prévus au contrat initial à la double condition « qu'un changement de concessionnaire : a) Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment

[11] Considérant 78 de la directive 2014/23/UE.

[12] Considérant 78 de la directive 2014/23/UE.

[13] L'article 34 du projet de décret prévoit ainsi que : « Le contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants : (...) 5° Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ; b) Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial ; c) Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ; d) Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées au 4° ». Le projet de décret prévoit aussi une modification sans condition « 6° Lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil fixé dans l'avis prévu par l'article 26 de l'ordonnance du XX XXXX 2016 susvisée et à 10° % du montant du contrat de concession initial ».

[14] L'article 35 du projet de décret prévoit que « lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification ».

[15] Cette limite commune figure à l'article 35-I° du projet de décret.

aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ; b) Présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts » (2° de l'article 34). On peut penser que cela s'appliquera à des cas exceptionnels où, par exemple, à la suite de changement de législation, les titulaires de concession qui détiendraient à titre exclusif des brevets concernant des procédés techniques (par exemple dans le domaine du traitement des déchets ou du chauffage urbain) doivent opérer des modifications pour rendre leurs équipements conformes aux nouvelles règles. Le considérant de l'article 75 de la directive 2014/23/UE évoque également des « modifications devenues nécessaires pour tenir compte de demandes des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices en ce qui concerne la sécurité, eu égard aux spécificités d'activités telles que l'exploitation d'infrastructures touristiques et sportives en montagne lorsque la législation est susceptible d'évoluer pour prendre en considération les risques afférents ».

D'autre part, les parties pourront modifier le contrat lorsque cette modification « est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir et qu'elle ne change pas la nature globale du contrat de concession » (3° de l'article 34). Cette hypothèse vise le cas classique des circonstances imprévues d'ordre technique ou économique qui correspondent à « des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur [...] n'aurait pu anticiper compte tenu des moyens à sadisposition, de la nature et des caractéristiques du projet, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre dûment en cohérence les ressources employées pour préparer l'attribution de la concession avec sa valeur prévisible ». La nature des modifications possibles n'est pas précisée et elles peuvent donc concerner aussi bien l'étendue des prestations (à condition toutefois de ne pas changer la nature du contrat, c'est-à-dire le type de concession ou la nature des prestations[16]) que la durée.

Les règles concernant les modifications portant sur le délégataire sont également impactées par le projet de transposition de la directive 2014/23/UE. Jusqu'alors, le Conseil d'État admettait que le contrat soit cédé à un délégataire sans remise en concurrence, sous réserve que cette cession ne constitue pas un détournement de procédure et que le contrat cédé soit identique[17]. La personne publique doit nécessairement donner son accord, qui peut toutefois être tacite[18], afin de procéder aux garanties professionnelles et financières permettant de démontrer son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

La jurisprudence communautaire s'est montrée plus restrictive car elle estime qu'« en général, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considéré comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial »[19].

L'article 34 du projet de décret sur les concessions de service limite la possibilité de la cession à deux hypothèses ; elle est prévue au contrat initial ou résulte « d'opérations de restructuration du concessionnaire initial », ce qui vise notamment les « réorganisations purement internes, rachats, fusions et acquisitions »[20]. Là encore, les parties au contrat devront soigneusement prévoir et rédiger les clauses de cession de contrat, sauf à limiter la possibilité de céder le contrat au stade de son exécution.

Les modifications contraintes : la modification unilatérale par la personne publique

Le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat, permis en application du principe de mutabilité du service public, est ancien[21]. Son affirmation au rang de règles générales applicables aux contrats administratifs est plus récente[22].

Elle s'exerce dans des limites plus strictes que celles prévues pour les avenants.

Dicté par les besoins du service public, le pouvoir de modification unilatérale ne peut porter que sur la consistance du service et les modalités d'exploitation et non, en principe, sur ses clauses tarifaires, bien que cette question soit actuellement discutée en jurisprudence[23].

Le refus du cocontractant de se soumettre aux modifications décidées par l'autorité délégante peut être constitutif d'une faute de nature à justifier la résiliation du contrat[24].

Le refus peut être justifié si la modification entraine un bouleversement de l'économie du contrat : le pouvoir de modification unilatérale d'une convention de délégation

(16) Considérant 76 de la directive 2014/23/UE.

(17) CE avis 8 juin 2000, n° 364803

(18) Par exemple, CAA Lyon 9 octobre 2008, SA Ineo et SNC Ineo Systrans, req. n° 05LY01239.

(19) CJCE 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06

(20) Considérant 77 de la directive 2014/23/UE.

(21) CE 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen.

(22) CE 2 février 1983, Union des Transports publics urbains et régionaux, req. n° 34027, *Rec. CE* p. 33.

(23) Certains tribunaux admettent expressément une modification unilatérale des clauses tarifaires : TA Besançon, 31 janvier 2013, Société Véolia, req. n° 1100739-2 ; TA Lille, 20 février 2013, req. n° 1005463-2.

(24) CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule, req. n° 318617.

de service public prévu par celle-ci « ne peut avoir pour effet de permettre une modification substantielle des éléments essentiels de la concession et en particulier de l'objet du contrat »[25].

Sous cette réserve qui est commune à celle de l'avenant, les conditions du recours à la modification unilatérale ou à l'avenant ne sont pas encadrées : si l'intérêt du service nécessite une modification de la convention, l'autorité délégante a le choix entre l'avenant ou la décision unilatérale, bien que la solution concertée soit la plus préférable en matière contractuelle.

C'est lorsqu'un désaccord apparait sur les conditions de la modification qu'apparait notamment l'utilité de la modification unilatérale de la convention. Le tribunal administratif de Lille a récemment tranché un différend concernant la modification unilatérale des clauses financières d'un contrat prise par l'autorité délégante en raison du fait qu'aucun accord n'avait pu être trouvé entre la collectivité e et son cocontractant chargé de la gestion du service public[26].

(25) CE 13 juillet 2012, Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, req. n° 347073.

(26) TA Lille, 20 février 2013, req. n° 1005463.